PARECER.


SABEL MARIA esclaua, que fue del Licenciado Iuan Perez de Tudela, siendo libre otorgò su testamento ante Gonçalo de Villalua. Declarò que fue casada de primero matrimonio con Francisco de la Cruz, y quando murio no quedò hazienda suya, ni del dicho su marido, y que del dicho matrimonio les quedò vn hijo llamado Ioseph de la Cruz, que de presente es esclauo del dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela. Nu.1.

Declara tambien lleuò en dote quando casò segunda vez con Pedro Martin Bernal trezientos y cinquenta ducados, y el no truxo capital. Nu.2.

Declara tambien, y manda, que el remaniente que quedare de todos sus bienes, se ponga en administracion, y de sus reditos se consiga la libertad de su hijo, y si la consiguiere suceda luego en todos ellos. Y no consiguiendola, y muriendo cautiuo, se funde vna capellania, a quien dexa por heredera, y por patrono al dicho Pedro Martin su segundo marido. Nu.3.

Auiendo visto este testamento, y clausulas del, y certificacion de que la dicha Isabel Maria, siendo esclaua del dicho Licenciado casò con el dicho Francisco de la Cruz de primero matrimonio. Y asi mismo otra certificacion del mismo Cura de la Parrochia de señor san Pedro, de como se bautizò por su hijo al dicho Ioseph, q̃ oy es esclauo del dicho Licenciado. Nu.4.

Es mì parecer, que los bienes que quedaron por fin y muerte de la dicha Isabel María, atento a que se murio su segundo marido, y la dexò por su heredera, se saque el quinto para sufragios del alma, y sacado, lo demas, se adjudique al hijo, y mediante el a su señor a quien se le adquiere.

Nu.5. Porque auiendo sido dexado a Ioseph su esclauo, se le adquirio a el como dueño del, §. Item vobis, instit. per quas personas nob. acq. l.7. titul. 2 partit. 4. ibi: *Todas las cosas que el sieruo ganare, por qualquier manera que las gane, deuen ser de su señor*. Etiam inuito, & ignorante probant text. in § potestate, instit. de his qui sunt sui vel alien. iur. §. si quis alij, de inutil. stipulat. l. quem ad modum 46. ff. de iur. dotium, l. placet de acquirend. hæredit. cum alijs quos congessit Pichard. in d. §. Item vobis 3. per quas pers. nob. acquirit.

Nu.6. Y el tal esclauo instituydo por heredero, con mandato de su señor, acepta la herencia que le adquiere, l. qui in aliena, l. si quis mihi bona, §. iussum de acquirend. hæredit. § alienus 4. instit. de hæredit. instit. & ibi Pichard.

Nu.7. Y aunque es verdad, que el esclauo ageno puede ser instituydo por heredero, para quando sea libre, porque el, y no su amo lleue la herencia, como en nuestro caso, l. in tempus, ff. de hæredib. instit. l. seruus 21. cum l. seq. ff. de cond. inst. Pichard §. alienus, nu. 6. & 7. de hæred. instit.

Nu. 8. Pero esto se entiende, quando el estraño dexa por heredero al esclauo ageno, para quando sea libre, o si su amo le diere libertad. Que en tal caso vale la institucion, y siendo libre lleuara la herencia, porque siendo estraño, el testador pudo poner a su heredero el grauamen y condicion que le pareciere, para excluyr al

amo

2

amo de su herencia.

Nu.9. Pero siendo el testador padre natural, y legitimo del esclauo ageno, resultan dos derechos distintos, que el vno no se quita, ni puede quitar por el otro. El primero, es, ser este esclauo hijo legitimo y natural del testador, y siendolo, se le deue la herencia, y legitima por derecho natural, y positiuo, y en ella el padre no le puede grauar, ni poner condicion, l. quoniam in prioribus, C. de inofficioso testament. cum vulgatis. Excepto en el quinto, que este lo podra dexar a vn estraño, y ponerle el grauamen que quisiere. Y no por ser el hijo esclauo perdio este derecho, pues valio el matrimonio entre sus padres [aunque fueron esclauos] por Derecho Canonico, a que se ha de estar, Gutierrez de matrimonio, cap. 90. num. 22. & 23. Y assi aunque valio el maternmonio, no por esso perdio el dueño el señorio, y efetos del de su esclauo. Ex cap. 1. de coniug. seruor. & ibi communiter Doctores, en tanto grado, que lo que adquiere es para el amo, Thom. Sanch. de matrim. lib. 7. q. 21. n. 11.

Nu.10. Y la ley quoniam in prioribus, y otras, que disponen, que los padres no pueden grauar a los hijos en sus legitimas, no las pudo derogar la dicha Isabel Maria madre del dicho Ioseph, l. nemo potest, ff. de legat. 1. & ibi Gutierrez, nemo potest iubere ne in suo testamento leges locum non habeant.

Nu.11. Y aunque es verdad tambien, que el padre puede poner condicion en la legitima, como sea en fauor y vtilidad del hijo; vt notat Xuarez in d. l. quoniam in prioribus limitat. 1. n. 6. & 7. fol. 459.

Nu.12. Pero esto se entiende, quando el hijo es libre, porque siendo esclauo, no le pudo poner condicion, ni grauamen en perjuyzio del de-

recho

recho del amo; que este està en su fuerça, y no lo pudo derogar, ni reuocar, ni perjudicar el padre; ex d.l. nemo potest, & ibi Gutierrez, nu. 84. cum sequentibus, & num. 187. & 276. donde trae muchos exemplos en que la voluntad del testador no tiene fuerça para derogar derechos adquiridos a terceros, en virtud de leyes, o costumbres. Y assi en nuestro caso no puede derogar, ni perjudicar a tantas leyes de Iurisconsultos, y Constituciones de Emperadores, que disponen, que lo que adquiere el esclauo, se le adquiera al dueño.

Nu. 13. Y en tanto es verdadero este parecer, y ajustado al Derecho, que si al esclauo, Religioso, o hijo de familias, que todos se equiparan, y lo que adquieren se adquiere a su amo, Conuento, o padre. Vt plenè notat Cardinal. Tuschus, liter. M. conclus. 316. num. 12. & 19. A estos tales si les dexare algun legado, o herencia, aunque sea por vn estraño, y le pusiere por condicion, que la propriedad y dominio de ello no se le adquiera a su señor; sino al Religioso, o esclauo, y no al Prelado, ni Conuento, ni al padre; esta condicion como imposible de derecho, y repugnante a sus reglas no vale, y sin embargo de ella el señor, Conuento, y padre lleuaran el legado, o herencia. Y en el Monge resueluen, que mientras viuiere gozarà de los frutos para vsos licitos, y honestos. Plenè Thomas Sanchez, de stat. Relig. lib. 7. cap. 17. num. 2. & 4. & melius num. 12. Geronymo Rodriguez, resolut. 88. num. 2. fol. 141. Tusch. vbi supra, conclus. 317. n. 4. Y assi si el estraño no puede poner esta condicion, por ser torpe, y impossible de derecho, menos podra ponerla el padre, o la madre en la legitima de su hijo, a quien la deue de derecho natural.

Nu. 14. Y se confirma esta dotrina, porque segun

la

la mas verdadera opinion, la madre no puede poner condicion al hijo en su legitima, de que el vsufruto de ella no se le adquiera al padre estando debaxo de su patria potestad, si bien en el quinto lo puede hazer, vt cum Bart. Paulo de Castro, Corneo, Fulgosio, Baldo, Alexandr. & alijs tenet Anton. Gomez variar. tomo 1. cap. 11. num. 27. & Ioannes Gutierrez in cap. quamuis pactum, vers. *Nullum de pactis*, in 6. num. 11. in fine, ibi: *Quòd mater non possit prohibere patri acquiri vsumfructum, quod is ex legum dispositionibus ei competit tanquam legitimo administratori.* Matienço in l. 9. titul. 1. libr. 5. Recopilat. glossa 2. num. 14. ibi: *Hoc tamen intelligunt magis communiter Doctores nisi mater relinquat filio legitimam sub conditione ne vsusfructus patri quæratur, non enim poterit hoc grauamen imponere filio in legitima iuxta l. quoniam in prioribus, C. de inofficios. testam. & si sit in eius commodum, vt probat text. optimus in Authentic. liceat matri & auiæ, vers. 1. Cum sic ait, &c.* Y cita por esta sentencia a muchos, y graues Autores antiguos y modernos, y Antonio Gomez in l. 48. Tauri, num. 11.

La potestad domina del señor del esclauo, es mas fuerte, y poderosa, que la del padre, respeto del hijo, porque se puede casar, y salir de la potestad del padre, y adquirir para si, y el esclauo no puede obligar al señor lo manumita, para que quedando libre adquiera para si. Y assi con mas justa causa en la legitima, que por derecho natural es del hijo, no le puede la madre poner grauamen de que no se le adquiera al señor siendo esclauo, ni en el vsufruto, ni en la propriedad, porque es condicion impossible de derecho. Nu. 15.

Y no obsta la l. 10. titul. 22. partit. 4. donde dize, que el liberto que muere con hijo, el señor Nu. 16.

 ñor

ñor que le dio libertad, no sucede sino el hijo, o pariente mas cercano; y dize bien, porque el hijo, o pariente que le sucede, no se halla esclauo de otro señor, que si se hallara dixera la ley que sucediera el señor por cabeça de su esclauo hijo del liberto, y esta explicacion la dà la misma ley 10. ibi: *Dezimos, que si el aforrado muere sin testamento, e non dexo su fijo, nin nieto, q̃ herede lo suyo, nin a padre, nin hermano, nin hermana que sean libres, que estonces todos los bienes de aforrado deuen ser del señor, que lo aforrò, y libertò.* Y assi si el hijo del liberto no fuesse libre, sino esclauo, el señor del sucederà, y excluyrà al señor del padre liberto.

Nu.17. Porque aunque es verdad, que esta cognacion seruil no la conocio el Derecho Ciuil, ni praticò, ex §. 1. instit. de seruili cognatione, quia quoad ius ciuile attinet pronullis, vel mortuis reputantur, & nec patrem ciuilem, nec matrem habent, nec fratrem aut vllum cognatum, l. hoc accusare, §. penultim. de accusat. & notat Bolconter in d. §. 1. Y assi entre los esclauos no auia, ni podia auer matrimonio, sino contubernio, l. cum ancillis. C. de incest. nupt. Bolconter in §. illud certum est instit. de nuptijs vbi inquit, quòd durante seruitute non attenditur hæc cognatio, ideoque qui in seruitute est matri copulari potest nec propterea punitur.

Nu.18. Pero de Derecho Canonico, y del Reyno, que no es ya contubernio, sino verdadero y legitimo matrimonio, sus hijos seran legitimos y naturales y herederos forçosos, si al tiempo de la muerte del padre se hallaren libres, y con bienes, y si entonces el hijo se hallare esclauo, no por esso dexarà de ser hijo legitimo, y natural, y consiguientemente heredero forçoso de la legitima de la madre, deuida por derecho natu-

natural, el qual iguala los libres con los esclauos, y siendo el hijo esclauo, es fuerça se le adquiera al señor, porque su dominio, y dominica potestad, y sus efetos por el matrimonio, no quedaron, ni pudieron quedar derogados, sino indemnes, y saluos, vt per Thom. Sáchez d. lib. 7. cap. 21. n. 11. Pichard. in princip. instit. de seruili cognat. n. 10.

Este discurso parece que concluye, y resuelue la dificultad, porque en quanto al derecho natural, no ay diferencia de esclauos a libres, quia iure naturali omnes liberi nascuntur. El matrimonio es tan verdadero y legitimo entre esclauos, como entre libres; y cósiguientemente tan legitimos y naturales, y tan herederos forçosos los vnos hijos, como los otros, y a vnos, y a otros se les deuen las legitimas de sus padres por derecho natural, aunque sus hijos sean esclauos, porque en quanto al derecho natural es como si fueran libres. Nu. 19.

Pues siendo esta primera parte de este discurso cierto y legitimo, tambien lo es la segunda, que a esta legitima deuida por derecho natural a este hijo esclauo, el padre como ni al hijo libre le puede poner condicion, ni grauamen; y assi la decision de la ley quoniá in prioribus, milita en el vno, y otro caso. De que se sigue, que quitado el grauamen de la legitima, queda libre para el hijo, si este se halla esclauo, es fuerça se le adquiera al señor por derecho firme aprouado por tantos Iurisconsultos, y Emperadores, cuyas leyes no pudo derogar, ni perjudicar el padre del hijo, que al tiempo de su muerte se hallò esclauo, y sujeto a seruidumbre. Pues obligarle y compelerle al señor que le dè libertad, porq̃ no lleue la herencia, quando el señor lo ha menester, y no lo tiene para venderlo, ni darle libertad, sino para seruirse Nu. 20.

del,

del,no se puede hazer,y lo resiste el Derecho.

Nu.21. Obligar al señor con ruegos, y suplicas que le dè libertad, y parte de esta herencia cumplido el testamento, y Missas de la madre, serà accion grande, y loable, assi de parte de los que consiguieren este ruego,como del mismo señor,que al fin es Sacerdote de mucha virtud y aprouacion,y que le ha dado nuestro Señor caudal bastante para sustentarse.

Nu.22. Con que por esto, y ser tambien la obra tan agradable a los ojos de Dios,y de todos,me parece se alcançarà del Licenciado Iuan Perez de Tudela dueño del esclauo, ruego y suplica tan justa y digna de su buen zelo.

Don Miguel Fernandez de Merodio. — *L. D. Tomas de Castro y Aguila.*